

Tilburg University

## Doorbreking van appèlverboden

de Waard, B.W.N.

*Published in:*  
Jurisprudentie bestuursrecht plus

*Publication date:*  
2005

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Waard, B. W. N. (2005). Doorbreking van appèlverboden. *Jurisprudentie bestuursrecht plus*, 7(3), 98-114.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Doorbreking van appèlverboden

B.W.N. de Waard\*

**Trefwoorden:** appèlverbod; doorbreking appèlverbod; eerlijk proces

*In de regel kan tegen een uitspraak van de sector bestuursrecht van de rechtbank hoger beroep worden ingesteld. Maar wat een aantal soorten rechterlijke beslissingen betreft voorziet de wetgeving daar niet in, of heeft de wetgever hoger beroep zelfs expliciet uitgesloten. In de rechtspraak van de hoger beroepsrechters zijn inmiddels echter nogal wat uitspraken te vinden waarin – bij uitzondering – desondanks een hoger beroep mogelijk wordt geacht. Hieronder een inventarisatie en bespreking van de betreffende jurisprudentie.*

*Voor al waar het gaat om hoger beroep tegen voorlopige voorzieningsuitspraken leidt de doorbrekingsjurisprudentie tot vragen over hoe de zaak procedureel gezien dan in elkaar gestoken moet worden. Ook dat aspect komt aan de orde: betoogd wordt dat, als hoger beroep tegen een voorlopige voorzieningsuitspraak wordt aanvaard, er daarnaast geen plaats is voor een verzoek om voorlopige voorziening hangende dat hoger beroep.*

## 1. Welke appèlverboden zijn er zoal?

### *Expliciete appèlverboden*

#### *1) Algemene wettelijke beperkingen van mogelijkheden van hoger beroep*

Artikel 37, tweede lid, Wet RvS, artikel 18, tweede lid, Beroepswet, en het derde lid van artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie sluiten hoger beroep uit tegen:

- uitspraken van de rechtbank waarin deze de zaak vereenvoudigd heeft afgedaan (art. 8:54 Awb);
- uitspraken van de rechtbank op verzet (art. 8:55 Awb);
- uitspraken waarbij de rechtbank bepaalt dat een beroepschrift als bezwaarschrift behandeld moet worden, omdat het bestuursorgaan kennelijk ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep bij de rechtbank (art. 8:54a Awb);

- uitspraken van de voorzieningenrechter op verzoeken om voorlopige voorziening (art. 8:84 Awb);
- en tegen een door de voorzieningenrechter uitgesproken proceskostenveroordeling na intrekking van het beroep omdat het bestuursorgaan aan de indiener van het beroepschrift is tegemoetgekomen (art. 8:75a Awb).<sup>1</sup>

#### *2) Bijzondere wettelijke beperkingen van mogelijkheden van hoger beroep*

Daarnaast komen in bijzondere wetgeving beperkingen van mogelijkheden tot het instellen van hoger beroep voor. Dat is bijvoorbeeld het geval in de Vreemdelingenwet 2000. Een voor het vreemdelingenrecht breed geldende uitsluiting van hoger beroep is te vinden in art. 84 Vw 2000.<sup>2</sup> Een ander voorbeeld is artikel 14, eerste lid, van de Wet administratiefrechtelijke

\* Boudewijn de Waard is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg en redacteur van dit blad.

1 Een proceskostenveroordeling bij een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening buiten het geval van intrekking wegens tegemoetkomen valt on-

der het verbod van hoger beroep tegen uitspraken op verzoeken om voorlopige voorziening. CRvB 10 mei 2001, «JB» 2001/160.

2 Vgl. voor bijzondere rechtsmiddelen m.b.t. vreemdelingen verder art. 95 Vw 2000.

handhaving verkeersvoorschriften (WAHV).<sup>3</sup>

### *Impliciete appèlverboden*

#### *3) Ontbreken van wettelijke voorziening van hoger beroep*

Tenslotte: soms ontbreekt een mogelijkheid van hoger beroep doordat de bepalingen waarin hoger beroep wordt opengesteld zich niet uitstrekken tot de betreffende soort uitspraak. Zo wordt in het eerste lid van artikel 37 Wet RvS, artikel 18 Beroepswet en artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie gezegd dat de mogelijkheid bestaat hoger beroep in te stellen tegen “een uitspraak van de rechtbank als bedoeld in afdeling 8.2.6” van de Awb en tegen een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank als bedoeld in artikel 8:86 Awb. Daaruit kan worden afgeleid dat tegen beslissingen van de rechtbank die niet kunnen aangemerkt als “een uitspraak van de rechtbank als bedoeld in afdeling 8.2.6” géén hoger beroep mogelijk is. Dit geldt met name voor een afwijzende uitspraak van de rechtbank op een verzoek om herziening.<sup>4</sup>

Strikt genomen mogen wellicht alleen de expliciete wettelijke uitzonderingen op een mogelijkheid van hoger beroep worden bestempeld als ‘appèlverbod’. Want zonder toevoeging van de uitzondering zou dan een appèlmogelijkheid hebben bestaan. Een ‘impliciet appèlverbod’ is eigenlijk geen appèlverbod. Want appèlmogelijkheden bestaan alleen als zij expliciet zijn gecreëerd, en als een geval daar niet aan is toegevoegd dan is het niet helemaal zuiver om van een verbod te spreken. De ‘impliciete appèlverboden’ worden hier desondanks in de beschouwingen betrokken, omdat zij een uitzondering vormen op de hoofdregel dat tegen

uitspraken, afkomstig van de sectoren bestuursrecht, hoger beroep mogelijk is, en omdat de voor deze bijdrage relevante vraag dezelfde is, namelijk of onder omstandigheden tóch een hogere voorziening geboden dient te worden. Buiten het bestek van dit artikel blijven echter de gevallen waarin aan een rechterlijke instantie die als bestuursrechtelijke hoger beroepsrechter fungeert rechtspraak in eerste en enige aanleg is opgedragen. Want weliswaar is ook die omstandigheid te zien als een uitzondering op de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties, maar in een dergelijk geval ontbreekt een ‘natuurlijke’ hoger beroepsinstantie. Deze bijdrage blijft verder beperkt tot het rechtsmiddel ‘hoger beroep’. Andere rechtsmiddelen, of het ontbreken daarvan,<sup>5</sup> komen slechts aan de orde in relatie tot ‘verboden’ van mogelijkheden van hoger beroep.

## **2. Uitzondering 1: geen eerlijk proces**

### **2.1 Basis voor uitzondering: art. 6 EVRM of fundamentele rechtsbeginselen?**

De hoofdregel is, dat appèlverboden in de jurisprudentie worden aanvaard. Ook beroepen om appèlverboden *voor bepaalde categorieën zaken* terzijde te stellen strandden tot nu toe. Dat geldt bijvoorbeeld voor de stelling dat een vreemdeling aan artikel 5, vijfde lid, EVRM en artikel 9, vijfde lid, IVBPR een aanspraak op schadevergoeding ontleende in verband met een vrijheidsbenemende maatregel, en dat hij daarom hoger beroep zou moeten kunnen instellen tegen de beslissing van de rechtbank om geen schadevergoeding toe te kennen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) oordeelde dat de mogelijkheid

3 Zie bijv. Hof Leeuwarden 27 maart 2002, AB 2002, 292 m.nt. OJ.

4 Zie ABRvS 8 februari 1999, RAwb 1999, 77 m.a. BdeW (en ABRvS 8 oktober 1999, nr. H01.95.0603/P01) en vgl. met ABRvS 1 september 1998, RAwb 1999, 47

m.a. BdeW.

5 Zo kent de WAHV, in afwijking van het ‘algemene’ bestuursprocesrecht, geen mogelijkheid van herziening van rechterlijke uitspraken. Vgl. Hof Leeuwarden 4 juni 2003, AB 2004, 134 m.nt. BdeW.

van beroep op de rechtbank volstaat.<sup>6</sup> Wanneer wordt aanleiding gezien om in individuele gevallen een appèlverbod te doorbreken? De belangrijkste hoofdlijn is dat daarvoor aanleiding bestaat als een zodanig ernstige schending van normen met betrekking tot een eerlijk proces heeft plaatsgevonden dat doorbreking gerechtvaardigd is.

De ABRvS en de CRvB formuleren het consequent ongeveer als volgt: [er is aanleiding tot doorbreking van een appèlverbod] 'indien sprake is van zodanige schending van eisen van goede procesorde dan wel fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijk proces geen sprake is'.<sup>7</sup> Een variant is dat wordt gezegd dat een 'evidente' schending nodig is.<sup>8</sup>

Waar de term een 'eerlijk proces' valt, wordt vaak gedacht aan artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR.<sup>9</sup> Het is ook zeker zinvol te bezien welke criteria die verdragsbepalingen opleveren. Maar een automatische doorschakeling naar de eisen uit die verdragsbepalingen is niet verantwoord. Want de doorbrekingsjurisprudentie maakt naar twee kanten afwijking van de verdrags-

eisen mogelijk. Aan de ene kant moet, als gezegd, sprake zijn van een *ernstige*, of 'evidente', schending. Aan de andere kant moet worden aangenomen dat de 'fundamentele rechtsbeginselen' waar de jurisprudentie van spreekt, ook buiten artikel 6 EVRM om gelding hebben in het nationale Nederlandse recht.<sup>10</sup> Het heeft praktisch belang te weten of de rechtspraak een beroep op die fundamentele rechtsbeginselen ook buiten artikel 6 EVRM om aanvaardt. Want, in de eerste plaats dekt het gebied waarop artikel 6 EVRM van toepassing wordt geacht nog steeds niet alle bestuursrechtelijke zaken. En in de tweede plaats kunnen overheidsinstanties in principe géén beroep doen op artikel 6 EVRM,<sup>11</sup> maar natuurlijk wel op fundamentele rechtsbeginselen.

Wat leert de jurisprudentie op dit punt? In de al gememoreerde standaardformuleringen over doorbreking van appèlverboden komt artikel 6 EVRM niet expliciet voor. In een formulering zoals die wel door de CRvB wordt gebruikt is artikel 6 EVRM ook niet echt nodig. Want als de Raad artikel 6 EVRM al expliciet noemt, dan

6 ABRvS 22 juni 2001, «JV» 2001/205. Zie T.P. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2002, p. 10. Op p. 11 noemt de auteur ABRvS 15 augustus 2001, «JV» 2001/261; AB 2001, 328 m.nt. P.A. Willemsen. Zie over die uitspraak nader hierna, in par. 3.

7 Bijv. in ABRvS 27 december 2004, 200409552/1. M. Schreuder-Vlasblom is m.i. terecht kritisch over de formulering, in haar noot bij ABRvS 15 februari 2000, AB 2000, 170. Zij merkt op dat de eisen van een goede procesorde als grond voor doorbreking slechts in aanmerking komen als ze opgaan in de categorie fundamentele rechtsbeginselen.

8 Het criterium luidt dan: indien sprake is van een 'evidente schending van beginselen van een goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen die een eerlijk proces waarborgen'. (ABRvS 5 oktober 1999, «JB» 1999/285; ABRvS 2 oktober 2001, nr. 200103677/2; ABRvS 2 november 2004, «JB»

2005/21.) De aanduiding 'evidente schending' wordt regelmatig gebruikt door de Centrale Raad: CRvB 11 december 2001, AB 2002, 82 en CRvB 11 december 2001, «JB» 2002/33 m.nt. AWH; AB 2002, 83 m.nt. HBr en CRvB 16 mei 2002, «JB» 2002/191.

9 Korthedshalve wordt hierna meestal slechts gesproken over artikel 6 EVRM.

10 Dit wordt ook in civielrechtelijke kring aangenomen. Vgl. bijv. de noot van Heemskerk onder HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3: 'Fundamentele rechtsbeginselen staan boven de wet. Dat blijkt hier weer eens. Bij uitzondering moet de wet door de rechter worden opzijgezet om een fundamenteel rechtsbeginsel te handhaven. (...) Het voorgaande zou ook gelden als er geen Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) bestond'.

11 Vgl. het ARAL-arrest, HR 6 februari 1986, AB 1987, 272 m.nt. FHvdB.

pleegt hij te spreken van 'het mede in artikel 6 EVRM besloten liggend fundamenteel rechtsbeginsel (...)'.<sup>12</sup> Maar een enkele uitspraak van de ABRvS lijkt een andere kant op te wijzen. In de uitspraak ABRvS 17 april 2001, nr. 200003153/1 wordt overwogen:

'Zo artikel 6 van het EVRM hier al van toepassing zou zijn en daarin grond zou kunnen worden gevonden voor doorbreking van het appèlverbod van voormeld artikel 33e [van de (oude) Vreemdelingenwet, *BdeW*], dan is daarvoor uitsluitend plaats indien sprake is van evidente schending van eisen van goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen die een eerlijk en onafhankelijk proces waarborgen.'

De Afdeling lijkt hier te suggereren dat een beroep op fundamentele rechtsbeginselen pas mogelijk zou zijn indien artikel 6 EVRM van toepassing is. Ik ga er vooralsnog van uit dat dit een wat ongelukkige formulering is, die wellicht zo is gekozen in reactie op de manier waarop de appellant zijn betoog dat het appèlverbod doorbroken diende te worden, had opgebouwd.

Een *rechtstreeks* beroep op artikel 6 EVRM is inderdaad niet altijd mogelijk, omdat die bepaling niet altijd op bestuursrechtelijke procedures van toepassing is. Zo oordeelde de Afdeling dat doorbreking van een appèlverbod in een zaak die betrekking had op een weigering tot toelating van een bepaalde persoon tot Nederland een beroep op artikel 6 EVRM niet kon leiden tot doorbreking van het betref-

fende appèlverbod, 'reeds omdat die bepaling op procedures die betrekking hebben op de binnenkomst, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen (...) niet van toepassing is'.<sup>13</sup>

Dat doorbreking van een appèlverbod mogelijk is als het een bestuursorgaan is dat het hoger beroep instelt, omdat het zich gedupeerd acht door schending van fundamentele rechtsbeginselen, blijkt uit een recente uitspraak van de Afdeling in een vreemdelingenzaak, ABRvS 11 februari 2005.<sup>14</sup> In die zaak had de minister gesteld dat de voorzieningenrechter het verzoek van de vreemdeling heeft gewijzigd en vervolgens heeft toegewezen, zonder dat de vreemdeling hierom op voor de minister kenbare wijze heeft verzocht en zonder de minister de gelegenheid te bieden zich over het aldus gewijzigde verzoek uit te laten. De Afdeling nam inderdaad kennis van het hoger beroep en achtte het gegrond, 'als gedaan in strijd met het beginsel dat de rechter zijn oordeel dient te baseren op hetgeen voor partijen ten processe kenbaar en betwistbaar was, welk beginsel zijn weerslag heeft gevonden in artikel 8:69, eerste lid, van de Awb.'

Ook bestuursorganen kunnen derhalve een fundamentele rechtsschending inroepen ter doorbreking van een appèlverbod.

## 2.2 Elementen van een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in het eerste lid van artikel 6 EVRM en het eerste lid van artikel 14 IVBPR, met betrekking tot de vaststelling van burgerlijke rechten en

12 CRvB 29 januari 1999, «JB» 1999/71; AB 1999, 200 m.nt. FP en CRvB 8 april 2003, «JB» 2003/157. De Raad doelde in beide uitspraken op het rechtsbeginsel 'inhoudende dat de rechter een beslissing dient te geven inzake een bij hem aanhangig beroep'. Zie ook CRvB 8 april 2003, «JB» 2003/183.

13 ABRvS 17 april 2002, nr. 200201622/1, onder verwijzing naar EHRM 5 oktober 2000, AB 2001, 80,

Maaouia t. Frankrijk. NB: anders dan in de uitspraak die in de vorige noot werd genoemd ging de Afdeling in de uitspraak van 17 april 2002 wel in op de vraag of los van van artikel 6 EVRM sprake was van schending van fundamentele rechtsnormen.

14 «JB» 2005/99 m.nt. A.M.L. J.; AB 2005, 181 m.nt. BdeW. Zie over de uitspraak nader hierna, par. 5.

verplichtingen, omvat verschillende elementen. In de doorbrekingsjurisprudentie ligt de nadruk op het element ‘hoor en wederhoor’. In de rechtspraak van de Hoge Raad als civiele rechter lijkt schending van hoor en wederhoor zelfs bijna het enige element dat doorbreking van een rechtsmiddelverbod rechtvaardigt,<sup>15</sup> al laat de Hoge Raad wel enige ruimte voor mogelijke andere elementen, waar deze in een formulering als de volgende de termen ‘eerlijke en onpartijdige behandeling’ hanteert:

‘Een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen bij de totstandkoming van een beschikking waartegen geen hoger beroep openstaat, kan slechts tot ontvankelijkheid van het hoger beroep leiden ingeval aan die klacht ten grondslag ligt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals in geval van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor; daartoe is niet voldoende de klacht dat de betrokken beschikking niet, of niet naar de eis der wet, met redenen is omkleed.’<sup>16</sup>

Om te bezien welke elementen van een eerlijk proces in de bestuursrechtelijke jurisprudentie aan de orde komen, worden hieronder de volgende aspecten langsgelopen:

- recht op toegang tot de rechter
- hoor en wederhoor (het verdedigingsbeginsel)

- recht op beslissing van de rechter
- en wel binnen een redelijke termijn
- motiveringsbeginsel, en het
- onpartijdigheidsbeginsel.

Wat zaken betreft die moeten worden aangemerkt als een ‘vervolgung’ in de zin van artikel 6 EVRM of artikel 14 IVBPR (punitieve sancties) komen daar overigens nog aanvullende eisen bij; zoals de eis dat geen rechterlijk oordeel over een punitieve sanctie wordt gegeven zonder dat betrokkene in de gelegenheid is gesteld (ten overstaan van de rechter) te worden gehoord. De Hoge Raad sprak zich in 1992 al in die zin uit, in een arrest in een belastingzaak.<sup>17</sup>

Dit punt was ook aan de orde in een uitspraak van de CRvB van 27 mei 2004.<sup>18</sup> De Raad zag aanleiding voor doorbreking van het appèlverbod inzake uitspraken van de rechtbank op verzet, nu mede administratieve boetes in het geding waren, maar appellante niet in de gelegenheid was gesteld te worden gehoord. Onder verwijzing naar het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1992 oordeelde de CRvB dat een essentiële norm was geschonden. In de annotatie bij de uitspraak van de CRvB in AB is er voor gepleit de tekst van het derde lid van artikel 8:55 Awb te verduidelijken. Want weliswaar is het arrest HR 2 december 1992 aanleiding geweest tot een aanpassing van deze Awb-bepaling, door daarin op te nemen dat de rechtbank de indiener van een verzetschrift ook in de gelegenheid *kan* stellen te worden gehoord als de indiener van het verzetschrift daar niet om heeft gevraagd, maar uit die for-

15 Zie m.n. het arrest Enka/Dupont, HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 m.nt. WHH en LWH. En zie bijv. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 m.nt. WHH; HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 m.nt. WHH.

16 Uit HR 23 juni 1995, NJ 1995, 661. In HR 22 januari 1999, NJ 1999, 243 overwoog de Hoge Raad dat er aanleiding zou zijn voor doorbreking als de rechter de wrakingregeling ten onrechte niet zou hebben toegepast (maar dat was in casu niet het geval).

17 HR 2 december 1992, BNB 1993/64 m.nt. Wattel. Een met artikel 6 EVRM strokende uitlegging van het bepaalde in artikel 18b Wet ARB leidt er (...) toe, dat ingeval in de desbetreffende aanslag een verhoging is begrepen, het Hof er niet toe overgaat tot het doen van een uitspraak tot ongegrondverklaring van het verzet dan na de belanghebbende in de gelegenheid te hebben gesteld te worden gehoord.

18 CRvB 27 mei 2004, AB 2004, 297 m.nt. BdeW.

mulering blijkt niet dat deze bevoegdheid in het geval van punitieve sancties het karakter van een verplichting heeft. De wetgever zou ook kunnen overwegen de nog iets ruimere aanpassing te doen die is gesuggereerd door Schreuder-Vlasblom, namelijk dat in de Awb wordt gewaarborgd dat opposanten worden gehoord, tenzij hun verzet gegrond wordt verklaard, zij op geldige wijze afstand doen van hun hoorrecht, of sprake is van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht.<sup>19</sup>

#### a **Toegang tot de rechter**

Blijkens de jurisprudentie van het EHRM biedt artikel 6 ook een garantie van *toegang* tot een rechterlijke instantie als in die bepaling bedoeld.<sup>20</sup> Vanwege de rol van restrechter die in Nederland door de burgerlijke rechter wordt vervuld, zal een schending van die garantie niet spoedig worden geconstateerd door de bestuursrechter, en dus ook geen aanleiding vormen voor doorbreking van een appèlverbod bij de bestuursrechter.<sup>21</sup>

#### b **Hoor en wederhoor**

Met enige regelmaat komt doorbreking van een appèlverbod wegens schending van eisen van hoor en wederhoor voor. De meeste gevallen hebben betrekking op het niet ontvangen hebben van stukken die voor het voeren van de procedure wezenlijk zijn.<sup>22</sup>

Bijvoorbeeld in ABRvS 27 december 2004, nr. 200409552/1: de rechtbank had het vooron-

derzoek gesloten en zonder zitting uitspraak gedaan, nadat inlichtingen van de minister aan de gemachtigde van appellant waren gefaxt. Appellant stelde de door de minister aan de rechtbank verstrekte inlichtingen niet te hebben ontvangen, en dat hij om die reden daar niet op heeft kunnen reageren. De Afdeling stelde vast dat de verzending volgens het communicatierapport van het door de rechtbank voor de doorzending gebruikte faxapparaat niet was geslaagd, en dat ook niet was gebleken dat de minister de inlichtingen aan de gemachtigde had verzonden of dat deze op andere wijze daarover de beschikking had gekregen. De Afdeling oordeelde dat de uitspraak is gedaan met schending van het beginsel van hoor en wederhoor, zodanig dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces. De Afdeling wees de zaak terug naar de rechtbank.

In de uitspraak ABRvS 6 december 2002, nr. 200205662/1, AB 2003, 229 m.nt. P.A. Willemssen, deed zich een vergelijkbare situatie voor. Ook daar was sprake van een door de rechtbank verzonden fax waarop de appellant niet had gereageerd. In dat geval betrof het een voortgangsrapportage. De appellant stelde dat hij de fax niet had ontvangen. Of de fax aan appellant in de inrichting waarin hij was gedetineerd ter hand was gesteld kon niet met zekerheid worden vastgesteld.<sup>23</sup> Nu de uitspraak van de rechtbank mede was gebaseerd op de voortgangsrapportage oordeelde de Afdeling – in vrijwel dezelfde bewoordingen als in de zo-

19 M. Schreuder-Vlasblom, 'Een zwakke schakel? De bestuursrechtelijke verzetprocedure in intern recht-vergelijkend perspectief', in *NTB* 1995, p. 245-256, p. 255.

20 EHRM 21 februari 1975, *Publ. Court, Series A., Vol. 18* (1975); *NJ* 1975, 462 (Golder-arrest).

21 Vgl. CRvB 21 maart 2002, «JB» 2002/130 (de omstandigheid dat besluiten inzake functiewaardering naar het tot 1 januari 1994 geldende recht in een aantal gevallen niet vatbaar waren voor beroep bij de bestuursrechter, laat onverlet dat de rechtmatigheid van

zo'n besluit kon worden bestreden bij de burgerlijke rechter).

22 Vgl. CRvB 16 mei 2002, «JB» 2002/191; AB 2002, 263 (brief waarin de gemachtigde werd uitgenodigd verzuim te herstellen gesteldelijk niet ontvangen).

23 De Afdeling heeft ter zitting getuigen gehoord 'over het proces van verwerken, administratief vastleggen en het ter hand stellen van binnenkomende faxen aan gedetineerden binnen de betreffende inrichting, met name toegespitst op de fax van 9 oktober 2002'.



juist genoemde uitspraak – dat de uitspraak was gedaan ‘met zodanige schending van het fundamentele rechtsbeginsel strekkende tot hoor en wederhoor, dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces’. De Afdeling voegt daar nog aan toe: ‘Deze schending weegt des te zwaarder, nu de procedure strekt tot rechterlijke toetsing van de vrijheidsontnemende maatregel’.

Waarschijnlijk vanwege die toevoeging concludeert P.A. Willemsen in haar noot bij de uitspraak in AB, dat de grondslag voor doorbreking van het appèlverbod kan worden gevonden in artikel 94 Grw., jo. artikel 5, lid 4 EVRM. Echter, het aanwijzen van een andere grondslag dan de gebruikelijke (het ‘fundamentele rechtsbeginsel van hoor en wederhoor’) lijkt niet opportuun, want de Afdeling noemt het beginsel van hoor en wederhoor expliciet en voegt het punt van de vrijheidsontneming er slechts als versterkend element aan toe. Inmiddels blijkt bovendien uit de al geciteerde uitspraak van 27 december 2004, dat de Afdeling ook zonder vrijheidsontneming oordeelt dat aanleiding bestaat tot doorbreking van het appèlverbod, indien betrokkene op een voor de uitspraak in de zaak relevant stuk niet heeft kunnen reageren.

Vergelijkbaar was een zaak waarin de Afdeling uitspraak deed op 14 september 2001.<sup>24</sup> Ook daar was uitspraak gedaan op basis van een voortgangsrapportage waarop de appellant niet had gereageerd. De rechtbank had bij brief aan de gemachtigde gevraagd of hij prijs stelde op behandeling van het beroep ter zitting. De gemachtigde had daarop laten weten de voortgangsrapportage nog niet te hebben ontvangen. Toen die rapportage vervolgens, ongeveer een week na de brief van de gemachtigde, aan de rechtbank werd verzonden, heeft men bij de rechtbank mogelijk aangenomen dat deze inmiddels ook rechtstreeks aan de gemachtigde

was gezonden. In ieder geval zond de griffier de rapportage niet door aan de gemachtigde. De rechtbank verzocht de gemachtigde ook niet opnieuw om op het stuk te reageren en deed zonder zitting uitspraak. Vermeldenswaard is nog, dat de staatssecretaris had gesteld dat de gemachtigde naar aanleiding van de brief van de rechtbank om een mondelinge behandeling had kunnen vragen, en dat er geen aanleiding was voor doorbreking van het appèlverbod nu deze dat had nagelaten. De Afdeling verwierp deze stelling.

Van het Hof Leeuwarden, als hoger beroepsrechter in WAHV-zaken, kan een uitspraak van 23 december 2003 (WAHV 03/00520) worden genoemd, waarin het Hof aanleiding zag tot doorbreking van het appèlverbod, omdat betrokkene niet in de gelegenheid was gesteld te worden gehoord, in een geval waar artikel 13b WAHV op ziet (verzoek om de officier van justitie te veroordelen in de proceskosten, na intrekking van het beroep omdat de officier aan de indiener van het beroepschrift tegemoet is gekomen). Het Hof oordeelde, mede op basis van de wetsgeschiedenis, dat de kantonrechter er alleen in ‘evidente gevallen’ van kan afzien een zitting te houden. Daarvan achtte het Hof geen sprake. De gemachtigde van betrokkene had een uitgebreid dossier aan de kantonrechter overgelegd. Het Hof overwoog:

‘Niet [valt] uit te sluiten dat – juist in verband met die uitgebreidheid – door het uitwisselen van argumenten door partijen de kantonrechter tot een andere beslissing zou zijn gekomen.’<sup>25</sup>

### c *Decisiebeginsel*

Er zijn enkele voorbeelden van uitspraken van de Centrale Raad die te rubriceren zijn onder

24 ABRvS 14 september 2001, «JB» 2001/276, m.nt.

EvdL; AB 2001, 327 m.nt. P.A. Willemsen.

25 Andere arresten waarin het Hof aanleiding zag voor

doorbreking van het appèlverbod worden genoemd in de noot van O. Jansen bij Hof Leeuwarden 27 maart 2002, AB 2002, 292.



het kopje ‘decisiebeginsel’. Zo overwoog de Raad in een uitspraak uit december 2001, dat de in hoger beroep voorgelegde uitspraak was gedaan ‘met schending van het fundamentele rechtsbeginsel dat de rechter een beslissing dient te nemen inzake een bij hem aanhangig gemaakte zaak.’<sup>26</sup>

#### d **Redelijke termijn?**

Geen voorbeelden konden worden gevonden van uitspraken waarin de ABRvS schending van de redelijke termijn rekende tot schending van de fundamentele rechtsbeginselen die doorbreking van een appèlverbod kunnen rechtvaardigen. Vooralsnog is de Afdeling afwijzend, als een beroep op schending van een redelijke termijn wordt gedaan. Zo overweegt de Afdeling bijvoorbeeld in ABRvS 29 januari 2004, 200307815/1,<sup>27</sup> buitengewoon bondig:

‘Dat de rechtbank, naar appellant stelt, door niet tijdig op het beroep te beslissen artikel 5, vierde lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden heeft geschonden, betekent op zichzelf niet dat van zodanige schending [namelijk van schending van fundamentele rechtsbeginselen, enz., *BdeW*] sprake is’.

Ook een eerdere uitspraak van de Afdeling wijst in diezelfde richting.<sup>28</sup> Daar was de vraag aan de orde welke consequentie dient te worden verbonden aan een overschrijding van een redelijke termijn bij het doen van uitspraak, of de toezending van een uitspraak, door de rechtbank. In de betreffende zaak was een verzoek om voorlopige voorziening van appellant door de President van de rechtbank behandeld ter zitting van 15 maart 1999. De uitspraak op dat verzoek is gedateerd op 29

maart 1999, maar werd ruim een jaar nadien, op 17 mei 2000, aan partijen verzonden. In de uitspraak werd verwezen naar een aanvulling van de Vreemdelingencirculaire van juli 1999. Misschien was de uitspraak dan dus toch later gedaan dan op 29 maart 1999. De Afdeling liet het in het midden:

‘Geen van deze omstandigheden leidt evenwel – hoe zeer ook af te keuren – tot de conclusie dat sprake is van een schending in evenbedoelde zin. Daarbij is van belang dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat het bezwaar van appellant gegrond zou zijn verklaard en het verzoek om voorlopige voorziening zou zijn ingewilligd, indien de rechtbank wel binnen een redelijke termijn uitspraak zou hebben gedaan.’

Uit de laatste bijzin blijkt dat de Afdeling van oordeel is dat de rechtbank niet binnen een redelijke termijn uitspraak heeft gedaan. Maar de Afdeling spreekt zich niet uit over eventuele consequenties. Het bieden van een gelegenheid voor behandeling in hoger beroep is in ieder geval niet een consequentie die de Afdeling er aan wil verbinden. De redenering van de Afdeling lijkt waterdicht: als het voor de uitkomst van de procedure bij de rechtbank niet uitmaakt dat de redelijke termijn is overschreden, waarom zou er dan een – buitenwettelijke – mogelijkheid van hoger beroep moeten worden geboden?

Ik kijk daar toch iets anders tegenaan. Bij schending van de redelijke termijn blijft sanctionering altijd moeilijk. ‘Herstel’ is per definitie onmogelijk; ‘schadevergoeding’ is in de meeste gevallen geen adequaat middel; een ‘ter verantwoording roepen’ kan soms wellicht enige zin hebben, maar niet als het de rechter in eerste aanleg is die te lang heeft gewacht met het doen van uitspraak, want die eerste rechter

26 CRvB 11 december 2001, AB 2002, 82 m.nt. HBr (onder nr. 83). Zie ook CRvB 29 januari 1999, AB 1999, 200 m.nt. FP en CRvB 8 april 2003, «JB» 2003/157.

27 In dat geval ging het om het recht op een spoedige rechterlijke beslissing als bedoeld in art. 5 lid 4 EVRM.

28 ABRvS 17 april 2001, nr. 200003153/1.

komt er in een procedure van hoger beroep niet aan te pas. Toch zou het bieden van hoger beroep zin kunnen hebben. Het kan bijdragen aan een herstel van vertrouwen van de justitiabele in de rechtsgang, terwijl het ontzeggen van gehoor bij een hogere rechter – ondanks schending van een fundamenteel rechtsbeginsel – het tegenovergestelde effect zal hebben: versterking van gevoelens van machteloosheid en rechteloosheid bij de betrokkene. De kans dat de schending van de redelijke termijn invloed heeft gehad op de uitkomst van het geding is in een rechtsstaat als Nederland bijna alleen in theorie aanwezig, maar dat is onvoldoende reden geen onderzoek naar de zaak toe te staan (zit daar een luchtje aan?, zet dan de ramen open!). Ook bij schending van andere procedurele normen is het dikwijls maar de vraag of naleving ervan veel verschil gemaakt zou hebben. Met andere woorden: een goede behandeling in hoger beroep biedt de best denkbare reactie op procedurele onregelmatigheden bij de eerste rechter. En dan niet door – tussen gedachtestreepjes – uit te spreken hoezeer de afhandeling in eerste aanleg afkeuring verdient, maar door te bepalen of die afhandeling al dan niet onrechtmatigheid oplevert. Zo ja, dan kan vervolgens, nadat de zaak nogmaals is bekeken, zo nodig de conclusie zijn dat de uitspraak van de eerste rechter juist was. Als er aan de behandeling in het hoger beroep niets heeft ontbroken, zal betrokkene daar dan vrede mee moeten kunnen hebben.

### e *Motivering?*

De eis dat rechterlijke uitspraken (deugdelijk) gemotiveerd dienen te zijn is in de tekst van artikel 6 EVRM niet expliciet verwoord. Maar het recht op een ‘fair hearing’ kan geschonden

zijn als een rechterlijke uitspraak onvoldoende met redenen wordt omkleed.<sup>29</sup> Op zichzelf is een onjuiste motivering net zo min een reden voor doorbreking van een appèlverbod als een anderszins rechtens gebrekkige uitspraak. Wie vraagt om in hoger beroep te beoordelen of een in eerste aanleg gegeven motivering als weerlegging van hetgeen is aangevoerd wel *overtuigend* is, vraagt in wezen om herbeoordeling, en dat is nou juist uitgesloten door de wetgever.<sup>30</sup>

Maar sommige motiveringsgebreken roepen de vraag op of de procedure wel eerlijk is geweest. Zo kunnen motiveringen puzzels opleveren, als gesteld wordt dat zij tekort schieten doordat de rechter in het geheel geen aandacht heeft besteed aan bepaalde naar voren gebrachte argumenten, die voor de beoordeling van het geschil wezenlijk waren. Neem de zaak waarin de appellant in hoger betoogde dat de rechtbank zich ten onrechte niet heeft uitgelaten over hetgeen hij tegenover haar heeft aangevoerd omtrent de schending van de hoorplicht in bezwaar. De Afdeling oordeelde dat die omstandigheid niet met zich brengt dat sprake is van schending van fundamentele rechtsbeginselen die doorbreking van het appèlverbod rechtvaardigt.<sup>31</sup> Als de appellant gelijk heeft dat hij niet in de gelegenheid is gesteld zich te doen horen, dan levert dat een schending van een belangrijke dwingendrechtelijke bepaling op. Weliswaar gaat de jurisprudentie ervan uit dat de rechtbank een dergelijke schending niet ambtshalve mag sanctioneren met een vernietiging, maar als de appellant wel een beroep heeft gedaan op schending van artikel 7:2 lid 1 Awb, dan hoort in beginsel vernietiging te volgen. Het ontbreken van een overweging dienaangaande is dan ook wezenlijk, dunkt mij. Mag, nu overwegingen dienaangaande

29 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi, 3e dr. 1990, p. 359.

30 Vgl. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 m.nt. WHH, waarin de Hoge Raad overwoog: ‘Het middel bevat wel een

aantal klachten over verzuim van de wettelijke motiveringseis, maar die klachten kunnen niet worden aangemerkt als klachten over verzuim van essentiële vormen’.

31 ABRvS 1 juli 2004, nr. 200403794/1.

ontbreken, worden aangenomen dat de rechtbank kennelijk van oordeel was dat appellant wél conform artikel 7:2 was uitgenodigd zich te doen horen? Of ontbreken overwegingen over het niet gehoord zijn omdat de rechtbank het punt over het hoofd heeft gezien?

Een nogal bijzonder geval waarin de Afdeling het criterium 'evidente schending van beginselen van een goede procesorde dan wel van fundamentele rechtsbeginselen die een eerlijk proces waarborgen' hanteerde was een geval waarin aan de uitspraak van de rechtbank één bladzijde ontbrak. Het betrof een uitspraak van de Rechtbank Arnhem op verzet na een vereenvoudigde behandeling (art. 8:54 Awb). Het college van B. en W. van Maasdriel, dat het ongegrond verklaarde verzet had gedaan, stelde beroep bij de Afdeling in. De Afdeling verklaarde het hoger beroep 'kennelijk gegrond' en bepaalde dat de zaak diende te worden teruggewezen naar de rechtbank om daar opnieuw te worden behandeld. Uit deze casus kan worden afgeleid dat doorbreking van een appelverbod ook mogelijk is als de motivering van een uitspraak ontbreekt of evident incompleet is. Maar het is natuurlijk ook wel een heel uitzonderlijke casus.<sup>32</sup>

### f Onpartijdigheid

Onpartijdigheid, althans: het niet naleven van essentiële voorschriften van de wrakingsprocedure, was aan de orde in CRvB 11 december 2001, «JB» 2002/33 m.nt. AWH; AB 2002, 83 m.nt. HBr. In die zaak had het gewraakte lid van de enkelvoudige kamer in strijd met artikel

8:16 en 8:18 een (tweede) ten aanzien van hem gedaan wrakingsverzoek niet in behandeling te nemen, met als motivering dat 'ter zitting van 28 juni 2000 geen feiten of omstandigheden met betrekking tot de rechterlijke onpartijdigheid van de behandelend rechter zijn voorgedragen die pas na het eerste wrakingsverzoek aan opposant bekend zijn geworden'.

### 3. Uitzondering 2: de zaak is ten onrechte geëvalueerd als een zaak waarop een appelverbod van toepassing is

Een appelverbod zou niet moeten werken waar de lagere rechter is getreden buiten de reikwijdte van de bevoegdheid waarvan de aanwending in appel is uitgezonderd.<sup>33</sup> Of, in een aan de Hoge Raad ontleende formulering: de uitsluiting van hogere voorziening kan niet rechtvaardigen dat ook aan hogere voorziening is onttrokken een beslissing die weliswaar is gegeven met een beroep op het artikel dat een hogere voorziening uitsluit, maar is gedaan buiten het toepassingsgebied van dat artikel.<sup>34</sup> In de literatuur is bepleit dat, naast schending van essentiële vormen, ook de bestuursrechter in het Awb-tijdperk aanleiding zou moeten zien tot doorbreking van een appelverbod, indien de lagere rechter is getreden buiten de aan die rechter toegekende bevoegdheden.<sup>35</sup> Schlössels gaat daarbij nog verder. Hij acht doorbreking toelaatbaar bij iedere overschrijding van de rechterlijke bevoegdheid, als het maar een *evidente* overschrijding is.<sup>36</sup>

32 Was hier een appelbeslissing voor nodig? Vanuit het oogpunt van de appellanten is het begrijpelijk dat zij de termijn voor het instellen van hoger beroep niet wilden laten verstrijken zonder de complete uitspraak te hebben ontvangen. Het is ook een beetje wonderlijk dat uitspraak in hoger beroep de rechtbank ertoe verplicht de zaak 'opnieuw te behandelen', tenzij die 'nieuwe behandeling' zou kunnen bestaan in het zonder zitting opnieuw dezelfde uitspraak doen.

33 Vgl. CRvB 13 april 1978, AB 1979, 18.

34 HR 12 maart 1982, NJ 1983, 181.

35 Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, 'Een zwakke schakel? De bestuursrechtelijke verzetsprocedure in intern rechtsvergelijkend perspectief', in: *NTB* 1995, p. 245-256, p. 255.

36 R.J.N. Schlössels, 'Hoe hard mag een appelverbod zijn?', in: «JB» 1997, p. 743-750, p. 749.

Er is in de jurisprudentie van de Afdeling enige onduidelijkheid gerezen over de vraag hoe de Afdeling oordeelt in een zaak waarin de rechtbank haar uitspraak ten onrechte heeft gebaseerd op een grondslag die hoger beroep uitsluit. In een uitspraak van 15 augustus 2001 overweegt de Afdeling het volgende:<sup>37</sup>

‘De aangevallen uitspraak van de rechtbank is blijkens het opschrift en de overwegingen ervan een uitspraak, als bedoeld in artikel 96 lid 3 Vw 2000, omdat de rechtbank die grondslag voor haar uitspraak heeft aangegeven. Niet is daarvoor van belang, welke grondslag zij had behoren aan te wijzen. Tegen deze uitspraak staat derhalve geen hoger beroep open bij de Afdeling.’

Wat betekent deze passage? Betekent deze dat als de rechtbank kiest voor een grondslag die hoger beroep uitsluit, de hoger beroepsrechter nooit toekomt aan een onderzoek of die vaststelling werkelijk juist was, en het dus kan voorkomen dat de mogelijkheid van hoger beroep wordt onthouden in een geval waarin die mogelijkheid eigenlijk wél bestond? Nee, dat zou ook volgens de Afdeling te ver gaan. In een uitspraak van 27 januari 2005, AB 2005, 192 m.nt. BdeW, wijst de Afdeling er eerst op dat reden voor doorbreking van het appèlverbod van artikel 84 Vw 2000 kan zijn dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces. Vervolgens overweegt de Afdeling in punt 2.4 van de uitspraak:

‘Tevens kan hiervoor grond bestaan indien de rechtbank is getreden buiten het bereik

van de bepaling of bepalingen, die zij zonder hogere voorziening tegen haar oordeel daarover kan toepassen. Niet kan immers worden aanvaard dat een beslissing in eerste rechterlijke instantie, die naar aard en strekking voor hogere voorziening vatbaar is, ten gevolge van een fout of verzuim als hiervoor bedoeld aan een beoordeling door de appèlrechter zou worden onttrokken.’

Wellicht is daarmee de besproken uitspraak van 15 augustus 2001 achterhaald. Maar zeker is dat niet. Met name is denkbaar dat de lijn van die uitspraak in vreemdelingenzaken wordt volgehouden. Want, in die uitspraak uit 2001 volgt, direct na de eerder geciteerde passage:

‘Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat niet is betoogd dat de Afdeling bevoegd is van het hoger beroep kennis te nemen, alhoewel de wet in die bevoegdheid niet voorziet, omdat de rechtbank een onjuiste grondslag voor haar uitspraak heeft aangewezen.’

Uit die passage zou zijn op te maken dat de Afdeling zich wel bevoegd zou achten als maar betoogd was dat de door de rechtbank gekozen grondslag onjuist was én was betoogd dat de Afdeling wel bevoegd was om kennis te nemen van de zaak. Dan was het probleem voor de appellant in die zaak derhalve niet dat hij had nagelaten te betogen dat de grondslag onjuist was (want dat hij wél gedaan), maar dat hij op onvoldoende expliciete wijze had aangegeven dat de Afdeling wel bevoegd was.<sup>38</sup> Dat de Afdeling een hoge mate van expliciete vergt heeft ongetwijfeld te maken met de bijzondere (ten

moeten beschouwen’. Dan is dus inderdaad de vraag: hoe expliciet moet je wezen? Want wat had de appellant anders kunnen bedoelen dan dat de Afdeling dus bevoegd was om van het hoger beroep kennis te nemen? De kwalificering ‘bijzonder formalistisch’, die Spijkerboer aan deze uitspraak gaf (a.w., p. 10) lijkt dan op zijn plaats.

37 ABRvS 15 augustus 2001, «JV» 2001/261; AB 2001, 328 m.nt. P.A. Willemsen. Vgl. daarover ook Spijkerboer, a.w., p. 10-11.

38 Volgens annotator Willemsen, in AB 2001, 328, kon uit de grieven van appellant wel degelijk worden opgemaakt ‘dat hij vond dat de rechtbank het beroep niet als vervolgeroep, maar als eerste beroep had

opzichte van het algemeen bestuursprocesrecht) eis in artikel 85, eerste lid, Vw 2000, dat het beroepsschrift een of meer grieven bevat. Iets anders is, dat een hoger beroep, op basis van de stelling dat de verkeerde grondslag is gebruikt, alleen ergens toe kan leiden als wél hoger beroep mogelijk zou zijn geweest indien de rechtbank de juiste grondslag zou hebben gehanteerd. In gevallen waarin daarover onduidelijkheid kan bestaan is het niet onzinnig dat de Afdeling eist dat wordt aangegeven waarom de Afdeling dan wél bevoegd zou zijn. Het kan immers wel voorkomen dat een appellant betoogt dat de rechtbank een verkeerde grondslag heeft gehanteerd, maar dat in het type zaak waar de uitspraak betrekking op had óók geen hoger mogelijk was geweest als een andere grondslag was gekozen. Vgl. ABRvS 23 juli 2001, nr. 200102316/1. In die zaak was betoogd dat de President van de rechtbank ten onrechte toepassing had gegeven aan artikel 33b Vw (1965). De Afdeling overwoog:

‘Ook indien aan die bepaling geen toepassing was gegeven, had voor appellant tegen de uitspraak over een besluit op bezwaar, waarin een oordeel is gegeven over de ontvankelijkheid van het bezwaar en de afwijzing van zijn asielaanvraag ingevolge artikel 33e van de Vreemdelingenwet geen hoger beroep opengestaan.’

#### 4. Wanneer wordt géén aanleiding gezien voor doorbreking appèlverbod?

In sommige gevallen waarin doorbreking wordt afgewezen is dat erg vanzelfsprekend. Bijvoorbeeld als de zaak *later* zonodig alsnog in hoger beroep aan de orde kan worden gesteld. Dat is het geval indien de uitspraak van de rechtbank

in het kader van artikel 8:55 Awb een gegrondverklaring van het verzet inhoudt. Vgl. ABRvS 2 juni 2004, nr. 200403138/2. Het gevolg van een gegrondverklaring van een verzet is immers, dat de zaak alsnog ten volle aan de orde zal komen. Dat impliceert een mogelijke discussie over de vraag of de vereenvoudigde afdoening wellicht toch terecht was.

Verder moge duidelijk zijn dat het enkele feit dat *geklaagd is over* schending van fundamentele rechtsbeginselen en het recht op een eerlijk proces nog geen reden vormt voor doorbreking van een appèlverbod. Vgl. ABRvS 19 mei 2004, nr. 200306989/3. Er moet *sprake zijn van* zo’n situatie. Dat brengt dus mee dat als er aanleiding bestaat een appèlverbod te doorbreken, het hoger beroep ook ‘per definitie’ gegrond is. Daarbij moet nog eens worden benadrukt dat niet iedere schending van een – geschreven of ongeschreven – norm die beoogt een behoorlijk proces te waarborgen aanleiding voor doorbreking van een appèlverbod oplevert. Nodig is dat de schending voldoende ernstig is om een dergelijke afwijking van het stelsel te rechtvaardigen.<sup>39</sup>

Uit hetgeen hierboven, in par. 2, aan de orde kwam blijkt al, dat een onjuiste inhoudelijke beoordeling door de rechter geen aanleiding kan zijn voor doorbreking van een appèlverbod.<sup>40</sup> Dat geldt ook, als de rechter een bepaling die hij ambtshalve had moeten toepassen (een bepaling van openbare orde) over het hoofd heeft gezien of onjuist heeft toegepast. Bijvoorbeeld een bepaling over relatieve competentie (vgl. Hof Leeuwarden 23 december 2003, WAHV 03/00618), of als de eerste rechter de omvang van het geschil onjuist zou hebben afgebakend,<sup>41</sup> tenzij de rechter daarbij het toepassingsgebied van de onberoepbare bepalingen heeft verlaten (zie daarover de vorige paragraaf).

39 Vgl. bijv. ABRvS 14 augustus 2001, AB 2001, 326 m.nt. P.A. Willemsen (overschrijding van de termijn voor het vooronderzoek met één dag levert geen zodanige schending op, reeds omdat zij daarvoor te kort is).

40 Expliciet in die zin bijv. CRvB 1 september 1998, «JB» 1998/211.

41 CRvB 10 mei 2002, «JB» 2001/161.

Overigens motiveert de Afdeling bestuursrecht-spraak RvS haar oordeel dat geen sprake is van de bedoelde schendingen soms niet, hoewel een verwijzing naar de (standaard) overwegingen heel eenvoudig zou zijn geweest:

‘Anders dan appellanten betogen, biedt hetgeen is aangevoerd geen grond voor het oordeel dat sprake is van schendingen in evenbedoelde zin.’ (ABRvS 24 februari 2004, 200308269/1.)

Intussen kunnen de afwijzingen van pogingen om een appèlverbod te doorbreken wel iets leren over de grenzen die in acht moeten worden genomen bij het voorbereiden en doen van de uitspraak waartegen het hoger beroep werd ingesteld. De kennis over die grenzen heeft dan wel een enigszins marginaal karakter. Want de hoger beroepsrechter spreekt zich er bij de beoordeling of een appèlverbod dient te worden doorbroken niet over uit hoe de behandeling had dienen te geschieden, maar alleen over de vraag of deze zodanig ernstig tekort schoot dat doorbreking van het appèlverbod aangewezen is. Vermeldenswaardige voorbeelden zijn:

- De omstandigheid dat aan een appellant die pro forma beroep bij de rechtbank heeft ingediend geen termijn als bedoeld in artikel 6:6 Awb is gegund om het beroepschrift aan te vullen met de gronden waarop het berust, kan op zichzelf niet tot doorbreking van een appèlverbod leiden. Aldus oordeelde de ABRvS in een uitspraak van 1 oktober 2001, nr. 200004017/1. De daarbij door de Afdeling gevolgde redenering komt op het volgende neer. Artikel 6:6 zegt niet dat een termijn voor herstel gegeven moet worden, maar bepaalt dat een beroep alleen dan niet-ontvankelijk verklaard kan worden als de indiener in de gelegenheid is gesteld het verzuim te herstellen. De

rechtbank heeft in deze zaak betrokkene wel ontvangen, en dus is artikel 6:6 Awb niet geschonden. Verder heeft betrokkene in casu (gelet op de duur tussen de indiening van het beroep en de behandeling ter zitting van de rechtbank) meer dan een jaar de gelegenheid gehad uit eigen beweging de aanvulling met de gronden te doen, en heeft hij bovendien ter zitting de gronden naar voren kunnen brengen.

- In de uitspraak ABRvS 15 december 2004, nr. 200404123/1, stelt de Afdeling vast dat de omstandigheid dat de rechter die de verzetsuitspraak heeft gedaan ook het in de zaak gedane verzoek om voorlopige voorziening heeft behandeld, geen grond vormt voor doorbreking van het appèlverbod. Verder valt uit de uitspraak op te maken dat de omstandigheid dat de verzetsrechter op niet geheel dezelfde gronden tot het oordeel is gekomen dat de beroepen buiten zitting terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard, evenmin zodanige grond biedt. ‘Voldoende voor ongegrondverklaring van het verzet is dat de verzetsrechter de beslissing van de rechter die buiten zitting oordeelt juist acht’, aldus de Afdeling.

## 5. Gang van zaken als aanleiding bestaat voor doorbreking appèlverbod

Als een zodanige schending van fundamentele rechtsbeginselen heeft plaatsgevonden dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces, dan is er reden voor doorbreking van een appèlverbod. Bovendien is dat hoger beroep dan gegrond. Als hoofdregel wordt de zaak dan terugverwezen naar de rechtbank ‘om niet verder te treden in een bevoegdheid van de rechtbank die van appèl is uitgezonderd, dan strikt noodzakelijk is.’<sup>42</sup> In uitzonderingsgevallen staat vast dat geen nadere beoordeling meer nodig is en kan

42 ABRvS 6 december 2002, AB 2003, 229 m.nt. P.A. Willemsen. De CRvB hanteert dezelfde lijn. Zie bijv.

CRvB 16 mei 2002, AB 2002, 263 (zonder een dergelijke expliciete motivering).

de hoger beroepsrechter de zaak zonder terugwijzing afdoen. Een voorbeeld van een dergelijk geval biedt de al genoemde uitspraak ABRvS 11 februari 2005,<sup>43</sup> waarin de Afdeling een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank vernietigde, voorzover die uitspraak strekte tot schorsing van een ongewenstverklaring. De achtergrond van die vernietiging was dat volgens de Afdeling kennelijk vaststond dat die schorsing niet had mogen worden uitgesproken.

Aan de hand van de zojuist genoemde zaak kan tevens in kaart worden gebracht hoe procedureel zou moeten worden omgegaan met een zaak waarin het appèlverbod tegen uitspraken op verzoeken om voorlopige voorzieningen wordt doorbroken. Het betrof een vreemdelingenzaak. Afgaande op de uitspraak van de Afdeling had de vreemdeling, hangende diens bezwaar tegen een ongewenstverklaring, aan de voorzieningenrechter als voorlopige voorziening een verbod gevraagd om hem te verwijderen. De voorzieningenrechter schorste de ongewenstverklaring. Daarop stelde de minister hoger beroep in, waarbij werd aangevoerd dat dit een voorziening was waar de vreemdeling niet om had gevraagd en die ook bij de behandeling niet als mogelijke uitkomst aan de orde was gesteld. De minister had zich tegen die uitkomst dus niet kunnen verweren. De consequentie van de schorsing van de ongewenstverklaring zou zijn dat de vreemdeling slechts een korte termijn in bewaring gehouden kon worden (vgl. art. 59 Vw 2000). De minister stelde niet alleen hoger beroep in, maar verzocht daarbij tevens een voorlopige voorziening aan de voorzitter van de Afdeling. Op dat verzoek was al eerder uitspraak gedaan.<sup>44</sup> In die uitspraak werd overwogen: 'Niet op voorhand is buiten twijfel dat geen aanleiding bestaat voor doorbreking van het appèlverbod en dat de aangevallen uitspraak in stand zal

blijven'. De Vz ABRvS hief de schorsing van de ongewenstverklaring op. De Afdeling deed vervolgens uitspraak op het hoger beroep. De Afdeling stelde vast dat bij de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank een ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen had plaatsgevonden. Er was dus reden voor doorbreking van het appèlverbod. De Afdeling gaf daarbij een belangrijke overweging over hoe in een dergelijk geval procedureel gehandeld dient te worden:

'Indien (...) sprake is van een schending van fundamentele rechtsbeginselen, als hier aan de orde, is het de taak van de appèlrechter om te verzekeren dat tegen zodanige schending voorziening kan worden verkregen, omdat alleen de appèlrechter de aldus getroffen voorziening ab initio kan vernietigen, hetgeen gelet op de aard van het gebrek aangewezen is. Die voorziening kan niet via de in artikel 8:87 van de Awb geboden mogelijkheid worden verkregen. Die bepaling biedt immers slechts de mogelijkheid om een getroffen voorziening wegens gewijzigde omstandigheden op te heffen of te wijzigen, doch tast de eerdere uitspraak die gedaan is met evenbedoelde schending van fundamentele rechtsbeginselen, niet aan.'

Een belangrijke conclusie is derhalve, dat in een dergelijk geval niet een verzoek om opheffing van de voorlopige voorziening, of een herhaald verzoek om voorlopige voorziening, aan de *voorzieningenrechter van de rechtbank* dient te worden gedaan. Dat is een belangrijke conclusie, omdat eerdere uitspraken juist wel in die richting hadden gewezen. Zo overwoog de CRvB in een uitspraak uit 1997 dat 'gelet ook op de zojuist aangegeven mogelijkheid van opheffing of wijziging van de voorlopige voorziening'

43 «JB» 2005/99 m.nt. A.M.L. J.; AB 2005, 181 m.nt. BdeW.

44 Zie Vz ABRvS 19 november 2004, nr. 200409153/2, «JV» 2005, 27 m.nt. TS.



de gestelde rechtsschending door de voorlopige voorzieningenrechter van de rechtbank er niet toe kon leiden dat het appèlverbod 'zou moeten worden doorbroken door het onderhavige beroep wel ontvankelijk te achten'.<sup>45</sup> En, in een uitspraak van 17 april 2002 (nr. 200201622/1) leek de Afdeling op diezelfde lijn te zitten. In die zaak overwoog de Afdeling:

'Indien, zoals appellant stelt, sprake is van een processuele misslag, dan wel van andere gebreken in de procedure voor de voorzieningenrechter, bestaat steeds de mogelijkheid een herhaald verzoek om voorlopige voorziening te treffen in te dienen.'

Na de uitspraak van 11 februari 2005 kunnen we dus zeggen dat, als die overweging nog overeind is gebleven, deze in ieder geval niet geldt voor de situatie dat een ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen heeft plaatsgevonden. Maar ook buiten een geval waarin schending van fundamentele rechtsbeginselen heeft plaatsgevonden is het een opvallend standpunt, omdat voor opheffing of wijziging van een voorlopige voorziening, c.q. voor een herhaald verzoek om een dergelijke voorziening, in het algemeen wordt verlangd dat sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden. De omstandigheid dat de rechter, gelet op hetgeen wél aan de orde is geweest, een misslag heeft begaan, past slecht onder de termen 'nieuwe feiten en omstandigheden'.<sup>46</sup>

De uitspraak van 11 februari 2005 zwijgt echter over de vraag hoe de hoger beroepsrechter dient om te gaan met een verzoek om een voorlopige voorziening, dat gelijk met het instellen van het hoger beroep wordt gedaan aan de voorzitter van de hoger beroepsinstantie. Mijns inziens is voor een afzonderlijke behandeling van – en uitspraak op – een dergelijk verzoek geen

plaats. Dat zou teveel van het goede zijn en lijkt een spel met Matroesjka-poppetjes te worden. Want in feite zouden we dan te maken krijgen met een kort geding in afwachting van een kort geding (in hoger beroep).

Het past ook niet goed in het systeem van het geldende bestuursprocesrecht. Want, wie moet het hoger beroep tegen een voorlopige voorzieningsuitspraak volgens de systematiek van het geldende bestuursprocesrecht behandelen? De voorzitter van de Afdeling, als voorzieningenrechter, of een kamer van de Afdeling? De wetgever zou waarschijnlijk kiezen voor de voorzieningenrecht, maar nu een wettelijke mogelijkheid van hoger beroep ontbreekt is men aangewezen op art. 37 lid 1 Wet RvS. Die bepaling maakt hoger beroep op de *Afdeling* mogelijk. De in het tweede lid gemaakte uitzondering voor uitspraken op verzoeken om voorlopige voorzieningen mag niet worden toegepast als het proces bij de eerste rechter niet eerlijk was. We komen dus uit bij de Afdeling. Is er dan een rol voor de voorzitter weggelegd? Nee. Ik heb al aangegeven dat een rol voor de voorzitter mijns inziens niet nodig is, althans zou moeten zijn, omdat het hoger beroep tegen de voorlopige voorzieningsuitspraak zelf al een voorlopige voorzieningszaak is. Daarnaast vind ik het ongewenst om artikel 8:81 Awb zo te interpreteren dat deze bepaling een mogelijkheid zou bieden om hangende het hoger beroep tegen de voorlopige voorziening daarnaast een voorzittersuitspraak te vragen. Een dergelijke mogelijkheid zou verder dan nodig is afwijken van het door de wetgever gedachte systeem. Want, weliswaar is die bepaling op het hoger beroep bij de Afdeling van overeenkomstige toepassing (art. 39 lid 1 Wet RvS), maar het uitgangspunt van de regeling van de artikelen 8:81 Awb in verbinding met 39 lid 1 Wet RvS is duidelijk: de bevoegdheid om voorlopige voorzieningen te behandelen wordt

45 CRvB 9 mei 1997, «JB» 1997/175; AB 1998, 123 m.nt. FP.

46 Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Hoe hard mag een appèlverbod zijn?', in: «JB» 1997, p. 743-750, p. 744.

bepaald door de vraag waar het *bodemgeschil* zich bevindt. In een geval van hoger beroep tegen een voorlopige voorziening zal dat meestal nog steeds de rechtbank zijn. Er is dan dus geen connexiteit met een bij de Afdeling aanhangig bodemgeschil. Een hoger beroep tegen een voorlopige voorzieningsuitspraak is geen bodemgeschil. Als een dergelijk hoger beroep wordt ingesteld is de enige bevoegdheid die op het niveau van de Afdeling berust, de bevoegdheid om zich over dat hoger beroep uit te spreken. Bestaat geen reden voor doorbreking van het appèlverbod, dan is duidelijk dat de voorlopige voorzieningsbevoegdheid nog steeds bij de rechtbank ligt. Bestaat er wel reden om het hoger beroep te ontvangen, en is het (dus) gegrond, dan omvat de bevoegdheid van de hoger beroepsrechter de bevoegdheid om te doen wat de eerdere rechter had behoren te doen (vgl. art. 42 Wet RvS). Dan kan de Afdeling dus een (gewijzigde) voorlopige voorziening uitspreken.

Zolang de rechtbank nog geen uitspraak heeft gedaan in een bodemgeschil berust de bevoegdheid om verzoeken om voorlopige voorziening te behandelen bij de voorzieningenrechter van de rechtbank, ingevolge artikel 8:81 Awb.

Het is dus de Afdeling die over een eventueel te wijzigen voorlopige voorziening hoort te oordelen, en niet de voorzitter. Dat is wel wat ongebruikelijk, in de systematiek van het bestuursprocesrecht, maar ook weer niet uniek. Vgl. het vijfde lid van art. 8:72 Awb.

De conclusie voor de concrete zaak waarin de Afdeling op 11 februari 2005 uitspraak deed moet dus zijn: er was geen plaats voor de beslissing van de voorzitter van 19 november 2004: de zaak had door de Afdeling moeten zijn afgedaan, op een termijn die past bij de geboden spoed.

## 6. Conclusies

Doorbreking van appèlverboden komt voor in twee situaties. Namelijk indien bij de uitspraak waartegen het beroep is gericht sprake is ge-

weest van – ernstige, of evidente – schending van fundamentele rechtsbeginselen, en, ten tweede, als de uitspraak ten onrechte is aangemerkt als een uitspraak waartegen geen hoger beroep mogelijk is. Bij dat laatste punt moet worden aangetekend dat de ABRvS in vreemdelingenzaken lijkt te eisen dat de appellant expliciet betoogt dat en waarom de uitspraak ten onrechte is aangemerkt als niet vatbaar voor hoger beroep.

In gevallen die zich lenen voor doorbreking van een appèlverbod kan het hoger beroep ook door bestuursorganen worden ingesteld.

Wat de categorie gevallen van schending van fundamentele rechtsbeginselen betreft is hierboven aangegeven dat het daarbij meestal zal gaan om schending van hoor en wederhoor. Maar daarnaast kunnen in de jurisprudentie voorbeelden worden gevonden van gevallen waarin het decisiëbeginsel of het onpartijdigheidsbeginsel de grondslag vormden voor doorbreking van een appèlverbod. Voorbeelden van zaken waarin een motiveringsgebrek daartoe leidde zijn tot nog toe (buiten het heel uitzonderlijke geval dat een toegezonden uitspraak van de eerste rechter letterlijk incompleet was) niet aangetroffen. Betoogd is echter, dat daartoe onder omstandigheden wel aanleiding bestaat. Voor schending van de redelijke termijn geldt ongeveer hetzelfde: er werden geen uitspraken aangetroffen die daarin grond zagen voor doorbreking van een appèlverbod, terwijl er in het bovenstaande is beargumenteerd dat daartoe wél goede redenen kunnen bestaan.

Verder is een aanscherping van het derde lid van artikel 8:55 Awb bepleit: afgezien van het geval dat een verzet gegrond wordt verklaard zou degene die het verzet heeft gedaan in de gelegenheid moeten worden gesteld te worden gehoord, ook zonder dat deze daar expliciet om heeft gevraagd (tenzij sprake is van onredelijk gebruik van procesrecht); althans, een dergelijke regel zou tenminste uitdrukkelijk in de Awb dienen te worden opgenomen voor het geval in de zaak een punitieve sanctie aan de orde is.

---

Over de wijze van afhandelen van zaken in hoger beroep, in gevallen waarin de wet daar niet in voorziet, is opgemerkt dat de zaak dan in principe wordt teruggewezen naar de rechtbank.

Ten aanzien van de procedurele situatie ingeval van hoger beroep tegen een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter van de rechtbank bestaat nog enige onduidelijkheid.

---

Met name over de vraag of naast het hoger beroep ook nog gevraagd kan worden om een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter van het hoger beroepscollege. Beargumenteerd is dat daar geen plaats voor is: als een (gewijzigde) voorlopige voorziening nodig is, dient deze gegeven te worden door de hoger beroepsrechter zelf.